

De devaluatie van de ontvankelijkheidsvraag

Citation for published version (APA):

Duijst, W. (2016). De devaluatie van de ontvankelijkheidsvraag. *Nederlands Juristenblad*, 2017, [2117].

Document status and date:

Published: 21/11/2016

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

De devaluatie van de ontvankelijkheidsvraag

Wilma Duijst, datum 21-11-2016

Datum	21-11-2016
Auteur	Wilma Duijst ^[1]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Strafprocesrecht / Voorfase Strafprocesrecht / Terechtzitting en beslissingsmodel

Als het antwoord op de vraag of er een strafbaar feit is gepleegd niet eenduidig is, dan verdient het sterk de voorkeur om het strafrechtelijk onderzoek en de discussie tussen de deskundigen te laten plaatsvinden vóór de zitting en niet, zoals dat nu gebeurt, op de zitting. Als op de zitting blijkt dat er helemaal geen strafbaar feit is begaan zou geen vrijspraak moeten volgen maar moet het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk worden verklaard.

In 2010 werd Lucia de B. na een juridische martelgang van vele jaren langs een rechtbank, drie gerechtshoven, het CEAS en twee keer de Hoge Raad, vrijgesproken van de haar tenlastegelegde moorden op haar patiënten. Het Hof Arnhem gebruikte in het ultieme arrest de volgende woorden: 'Hoe dan ook: uit het opsporingsonderzoek zijn geen feiten en omstandigheden gebleken, die grond zouden kunnen geven voor de gedachte aan een onnatuurlijke of zelfs criminele doodsoorzaak. Daarom dient verdachte van deze feiten in al hun primaire, subsidiaire en meer subsidiaire varianten te worden vrijgesproken.'^[2] Een zucht van verlichting ging door juridisch Nederland; een juridische dwaling van formaat werd met dit arrest rechtgezet. Weliswaar had Lucia jarenlang in de gevangenis doorgebracht en was daar in een niet al te goede gezondheidstoestand uitgekomen, maar de dwaling was gecorrigeerd. En daarover gaat dit artikel. Is de gerechtelijke dwaling rechtgezet met de vrijspraak van Lucia?

Vervolgingsrecht en beperkte rechterlijke toetsing

De vraag naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie heeft aan belang ingeboet sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 2013. De advocaat of rechter die niet-ontvankelijkheid als optie naar voren wil brengen, wordt doorgaans de mond gesnoerd met deze uitspraak: 'De beslissing om tot vervolging over te gaan leent zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde.'^[3] Op de rechter rust om tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie te komen een zware motiveringsplicht.' De terughoudendheid van de Hoge Raad ten aanzien van de rechterlijke toetsing van de ontvankelijkheid is begrijpelijk. Het Openbaar Ministerie heeft het vervolgingsmonopolie. De wetgever

heeft enkele grenzen aan strafrechtelijke vervolging gesteld. De minderjarige die een delict pleegt voordat hij twaalf jaar is en een overledene kunnen niet vervolgd worden. Evenmin kan worden vervolgd als bij een klachtdelict de klacht ontbreekt of als een strafbaar feit verjaard is.^[4] Of zich een van deze situaties voordoet is redelijk eenvoudig te controleren en dit zal ook alvorens over te gaan tot dagvaarding door het Openbaar Ministerie zijn gecontroleerd. Maar wat is dan de ruimte die de Hoge Raad in het arrest van 2013 open laat met de woorden 'leent zich slechts in zeer beperkte mate voor rechterlijke toetsing'?

Het Openbaar Ministerie heeft de macht tot vervolging en kan dat op grond van artikel 167 Sv doen als het Openbaar Ministerie van oordeel is dat vervolging moet plaatsvinden. Artikel 167 Sv stelt alleen nog dat vervolging plaatsvindt naar aanleiding van het opsporingsonderzoek. En dat is het punt waar de rechter zijn beperkte toetsing kan uitvoeren. De vraag is dan ook bij deze beperkte toetsing: Wat is de uitkomst van het opsporingsonderzoek? Kan het opsporingsonderzoek op enigerlei wijze aanleiding zijn voor een vervolging? Er zijn situaties denkbaar dat dat niet zo is. Enkele voorbeelden kunnen deze stelling verduidelijken. Stel het Openbaar Ministerie stelt vervolging in voor een zogeheten 'moord zonder lijk'. Met andere woorden het lijk is nooit gevonden. Ter zitting verschijnt de verdachte en tot ieders grote verbazing ook 'het lijk'. Het slachtoffer blijkt niet dood te zijn, maar heeft zich schuil gehouden omdat hij/zij van zijn/haar partner (de verdachte) verlost wilde zijn. Toen het eenmaal tot een strafzitting kwam, ging dit 'het lijk' toch te ver en besloot hij/zij zich te vertonen op de zitting. Voor degene die dit wel erg fantasierijk vinden zijn er ook wat gewonere voorbeelden te bedenken. Stel dat ter terechtzitting duidelijk wordt dat een vermeende moord een gewone val van de trap is geweest of dat een slachtoffer van verkrachting ter zitting verklaart dat de seks vrijwillig heeft plaatsgevonden en er geen andere aanwijzingen zijn dat er sprake was van seks tegen de wil van de betrokkene. In alle genoemde gevallen is geen sprake van een strafbaar feit. In de eerste twee voorbeelden is geen sprake van moord of doodslag en in het laatste voorbeeld is geen sprake van verkrachting. En als er geen strafbaar feit is gepleegd, is er ook geen verdenking meer. Corstens stelt in zijn 'Handboek Strafprocesrecht' dat de verdenking niet alleen aanwezig moet zijn ten tijde van het instellen van de vervolging, maar gedurende het gehele strafproces.^[5] Als tijdens de zitting duidelijk wordt dat er geen strafbaar feit is gepleegd, kan er ook geen verdenking (meer) zijn dat iemand het strafbare feit zou hebben gepleegd. En zonder verdenking is er geen vervolgingsrecht.

Bij de discussie over vervolging gaat het over gedrag van een burger. Het gaat niet om een resultaat/fenomeen dat door de maatschappij als onwenselijk wordt beschouwd, zoals 'er wordt een dode gevonden'. De burger mag indien een bepaalde gedraging niet strafbaar is gesteld of er geen enkele gedraging is die gekwalificeerd kan worden als strafbaar feit de gerechtvaardigde verwachting hebben dat hij door het Openbaar Ministerie met rust wordt gelaten.^[6] Ontbreekt de verdenking dat een strafbaar feit is gepleegd op enig moment, dan is het Openbaar Ministerie niet (of niet meer) ontvankelijk. In de eerder genoemde voorbeelden betekent dat dat de rechter bij de beantwoording van de 348 Sv vragen stuit op de ontvankelijkheidsvraag, die negatief beantwoord moet worden. De rechter komt in dat geval dus niet meer toe aan beantwoording van de vraag of het ten laste gelegde kan worden bewezen. Evident is dat ook op die vraag het antwoord in de genoemde voorbeelden negatief zou zijn, maar nogmaals: die vraag wordt niet gesteld. En zie hier de 'beperkte beoordelingsruimte van de rechter' voor de beoordeling van de ontvankelijkheid.

Ongelimiteerd vervolgingsrecht?

Stel dat het Openbaar Ministerie ongelimiteerd vervolgingsrecht zou hebben, zonder de beperking dat uit onderzoek moet blijken dat een strafbaar feit is gepleegd, waar zou dat dan toe leiden? Aan de hand van twee veel voorkomende voorbeelden, namelijk overlijden en seksuele activiteit wil ik dit bespreken. Per jaar overlijden 140 000 burgers in Nederland. 140 000 keer per jaar leidt dat tot de voor burgers onwenselijke situatie dat een lijk wordt aangetroffen. Die 140 000 doden hebben naar schatting uit ervaring 10-15 direct betrokken nabestaanden (familie en vrienden) en bij het overlijden zijn naar schatting 5-10 hulpverleners betrokken. Dat maakt dat per jaar 1,4 miljoen mensen nauw betrokken zijn bij een overlijden. De nabestaanden en hulpverleners leggen geen strafrechtelijke verantwoording af, tenzij... De Wet op de lijkbezorging is (onder andere) in het leven geroepen om de levensdelicten uit te filteren.^[7] Is er niets aan de hand met een overlijden dan leidt dat tot het afgeven van een verklaring van (natuurlijk) overlijden en is het Openbaar ministerie niet betrokken. Is er sprake van een ongeval dan meldt de gemeentelijk lijkschouwer dit aan het Openbaar Ministerie en wordt het lichaam vrijgegeven. Pas als sprake is van een misdrijf tegen het leven is het Openbaar Ministerie aan zet om verder onderzoek en eventuele vervolging in gang te zetten. En dan de seksuele activiteit. In Nederland is grofweg de helft van de populatie seksueel actief en 'doet het' gemiddeld twee keer per week; dat is goed voor ongeveer 850 miljoen seksuele contacten per jaar. De burger bepaalt of de seks consensueel is en als dat zo is, dan blijft het Openbaar Ministerie op zijn handen zitten (tenzij de seks om een andere reden leidt tot een strafbaar feit, zoals seks met kinderen of wilsonbekwamen). Het behoeft geen betoog dat het Openbaar Ministerie geen bemoeienis moet hebben met consensuele seks tussen wilsbekwame volwassenen.

Het is een fundamenteel recht van een burger, of dat nu de betrokkene zelf, de nabestaanden of de hulpverleners zijn, om in beginsel door het Openbaar Ministerie met rust gelaten te worden na een overlijden of na een seksueel contact. Pas als daar aanleiding toe is, bestaande uit een lijkschouwer die een signaal afgeeft of een burger die aangifte doet, heeft het Openbaar Ministerie een taak in onderzoek en vervolging.

Betekenis voor de rechtspraak

Als in enige fase van het strafproces blijkt dat geen strafbaar feit is gepleegd, dan vraagt dat om een wezenlijk andere procesrechtelijke benadering, dan wanneer dat wel het geval is. Voor de rechtspraak kan dit aanzienlijke gevolgen hebben. Vragen zoals: 'Is de bloeding in het hoofd van het kind veroorzaakt door het schudden van het kind of door een ziekte?' of 'Is de betrokkene overleden ten gevolge van een hartinfarct of ten gevolge van het toebrengen van letsel?', zijn belangrijke vragen die om een antwoord schreeuwen. De officier van justitie, die tijdens het opsporingsonderzoek wordt geconfronteerd met onvoldoende opsporingsonderzoek naar letsel of de doodsoorzaak zou zich, alvorens over te gaan tot dagvaarding, de vraag moeten stellen of buiten kijf staat dat een strafbaar feit is gepleegd. De resultaten van het onderzoek moeten adequaat worden geëvalueerd en zouden tot het eenduidige antwoord moeten luiden: 'Ja, er is een strafbaar feit gepleegd'. Als dat antwoord niet eenduidig is, dan verdient het sterk de voorkeur om het strafrechtelijk onderzoek en de discussie tussen de deskundigen te laten plaatsvinden vóór de zitting en niet, zoals dat nu gebeurt, op de zitting.^[8] Effectiever (strafrechtelijk) onderzoek met name bij een overlijden, bij een vermoeden van letsel of in het geval van een aangifte van een zedendelict kan zittingstijd en veel leed voor degene die onterecht wordt gedagvaard besparen.

Voor de advocaat die voor de zitting wordt geconfronteerd met opsporingswerk dat niet tot een

eenduidig antwoord leidt op de vraag of er een strafbaar feit heeft plaatsgevonden, is in eerste instantie een verzoek om nader onderzoek van belang. Blijkt geen sprake van een strafbaar feit dan is een bezwaarschrift tegen de dagvaarding (als die reeds is uitgegaan) op zijn plaats. Is de zitting reeds aangevangen en is de advocaat van mening dat geen strafbaar feit heeft plaatsgevonden, dan ligt een preliminair verweer voor de hand. De advocaat kan met een preliminair gevoerd ontvankelijkheidsverweer voorkomen dat een zaak inhoudelijk behandeld wordt. Hiermee kan reputatieschade voor zijn cliënt worden voorkomen.

Tijdens de behandeling ter terechtzitting is het op dit moment gebruikelijk dat de feiten als één complex worden behandeld. Is er echter bij aanvang van de zitting nog steeds onduidelijkheid over de vraag of het strafbare feit heeft plaatsgevonden, dan ligt een andere aanpak voor de hand. Aan de rechtszitting zou een extra fase moeten worden toegevoegd. In de eerste fase ligt dan de vraag voor of een strafbaar feit is gepleegd en in de tweede fase wordt de schuld van de verdachte onderzocht. Bij twijfel over de vraag of het strafbare feit heeft plaatsgevonden of bij serieuze aanwijzingen dat geen strafbaar feit is gepleegd (bijvoorbeeld 'het lijk' zit in de zaal, het kind is overleden ten gevolge van een ziekte), zou de rechter een tussenbeslissing moeten nemen. Is de rechter overtuigd van het feit dat geen strafbaar feit is gepleegd, dan komt de rechter tot niet-ontvankelijkheid. Is de rechter overtuigd dat toch een strafbaar feit is gepleegd dan gaat de zaak de volgende fase in.

Het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie bij het ontbreken van een strafbaar feit heeft niet alleen maar voordelen voor de voormalige verdachte. Het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid betekent ook dat de zaak niet inhoudelijk is beslist. Het gevolg kan zijn dat als later nieuwe feiten opduiken alsnog blijkt dat een strafbaar feit is gepleegd. In dat geval herleeft het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie.

Terug naar Lucia

Wanneer er een misdrijf is gepleegd, maar de schuld van de verdachte niet kan worden bewezen, ontstaat dus een wezenlijk andere situatie, dan wanneer er in het geheel geen misdrijf heeft plaatsgevonden. In het eerste geval betekent het dat er een misdrijf is, dat er bewijs kan zijn, maar dat er onvoldoende bewijs is om te komen tot een veroordeling. In het tweede geval, is de discussie gesloten. Er is geen strafbaar feit, er is geen verdachte, er is geen enkele reden (meer) om iemand te vervolgen.

Het hof stelt in het ultieme Lucia-arrest: 'uit het opsporingsonderzoek zijn geen feiten en omstandigheden gebleken, die grond zouden kunnen geven voor de gedachte aan een onnatuurlijke of zelfs criminele doodsoorzaak.' Duidelijker kan een uitspraak mijns inziens niet zijn. Geen mens mag vervolgd worden voor een misdrijf dat niet is gepleegd. Gebeurt dat toch, zoals in het geval van Lucia, dan is het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid de ultieme manier om te zeggen: 'U bent ten onrechte betrokken geraakt in een gerechtelijke procedure'.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. dr. W. Duijst is hoogleraar forensische geneeskunde en gezondheidsstrafrecht aan de Universiteit Maastricht.

[2]

Hof Arnhem 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM0876.

[3]

HR 6 november 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX4280.

[4]

Art. 68-74c Sr.

[5]

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Gouda Quint, 1999, p. 83.

[6]

T&C strafrecht, art.1 Sr (rechtsmacht), normadressaat. Bij de discussie over rechtsmacht gaat het steeds over strafbare feiten en niet over gedrag.

[7]

W. Duijst & T. Naujocks, *Over lijken, De dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2015.

[8]

Zie bijv. Rb. Zwolle 28 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2841; en Rb. Den Haag, 11 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6688.